

# Medidas cautelares en el proceso constitucional peruano

## *Precautionary measures in the Peruvian constitutional process*

 KARINA FIORELLA APAZA DEL CARPIO\*

195

### **Resumen**

En esta oportunidad, consideramos necesario reflexionar acerca de todos aquellos temas que se deben conocer respecto a las medidas cautelares en el proceso constitucional peruano. Con tal objetivo, sintetizamos las discusiones doctrinales relacionadas y comentamos la normativa vigente, teniendo en cuenta la realidad de la cuestión a través de la jurisprudencia especializada. Iniciamos por una precisión básica y fundamental, relacionada con la especial naturaleza de los procesos constitucionales. Luego, continuamos con el análisis específico en relación con las medidas cautelares, como su importancia, evolución, características, vigencia, requisitos, particularidades por cada proceso constitucional, procedencia de costos y costas. Culminamos con la actuación inmediata de sentencia, que, si bien es tratada como una figura independiente, dada su naturaleza cautelar, se incorpora en este trabajo.

---

\* Abogada y bachiller en Ciencias de la Comunicación, especialidad en Relaciones Públicas, por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Egresada del doctorado en Derecho y Maestría en Derecho Civil en la misma Universidad. Actualmente, desempeña el cargo de jueza especializada del Juzgado Constitucional de Arequipa, Perú. Correo electrónico: kadelc@gmail.com.

**Palabras clave**

Proceso constitucional, protección de derechos constitucionales, medida cautelar

**Abstract**

*On this occasion, we have considered it necessary to reflect on all those issues that should be known regarding precautionary measures in the Peruvian constitutional process, synthesizing the related doctrinal discussions and commenting on current regulations; taking into account, also, the reality of the issue through specialized jurisprudence. Thus, we will begin with a basic and fundamental precision, related to the special nature of constitutional processes; and then continue with the specific analysis in relation to precautionary measures, such as their importance, evolution, characteristics, validity, requirements, particularities for each constitutional process, origin of costs and costs; to culminate with the immediate action of sentence, which although it is treated as an independent figure, given its precautionary nature, is incorporated into this work.*

**Keywords**

*Constitutional process, protection of constitutional rights, precautionary measure*

**Sumario**

---

**I.** UNA CUESTIÓN QUE DEBE TENERSE PRESENTE: LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES SON DIFERENTES A LOS PROCESOS ORDINARIOS. **II.** LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL. **III.** EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL PERUANO. **IV.** CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL. **V.** REQUISITOS DE FORMA PARA LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES. **VI.** REQUISITOS DE FONDO PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES. **VII.** REGLAS EXPRESAS DE IMPROCEDENCIA EN EL PROCESO CAUTELAR. **VIII.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS DE AMPARO, *HÁBEAS DATA* Y CUMPLIMIENTO. **IX.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE ACCIÓN POPULAR. **X.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. **XI.** MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO COMPETENCIAL. **XII.** COSTOS Y COSTAS EN PROCESO CAUTELAR. **XIII.** VIGENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XIV.** CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XV.** EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XVI.** IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. **XVII.** UN CASO ESPECIAL: LA EJECUCIÓN ANTICIPADA O ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA. **XVIII.** CONCLUSIONES.

---

## **I. UNA CUESTIÓN QUE DEBE TENERSE PRESENTE: LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES SON DIFERENTES A LOS PROCESOS ORDINARIOS**

Antes que nada, es importante tener en cuenta que dentro de un Estado constitucional de derecho debe garantizarse la existencia y efectividad de los procesos constitucionales, puesto que estos se encuentran diseñados para proteger bienes jurídicos fundamentales, como son los derechos constitucionales.

Ahora bien, recordemos que al referirnos a estados constitucionales, aludimos a sistemas jurídicos-político que tienen las siguientes características: **a)** son sistemas que tienen una constitución rígida o formal, en la que se advierta la suprallegalidad de la Constitución; **b)** la Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos, es decir, asume los valores del constitucionalismo como ideología, y **c)** la Constitución, con las características antes señaladas, además tiene que ser practicada, usada desde los parámetros del constitucionalismo (Aguiló, 2001).

Esta última característica —la exigencia de una Constitución supralegal que se hace viva con la práctica— pone en primer orden a los procesos constitucionales, al diferenciarlos de todos los demás procesos a cargo del Poder Judicial.

Así, entonces, para el análisis de cualquier figura jurídica que se pretenda aplicar al proceso constitucional —en este caso la medida cautelar—, debe partirse de la siguiente premisa, que debe preceder a cualquier análisis: el proceso constitucional es diferente a cualquier otro proceso judicial. Por tanto, debe ser tratado y considerado en atención a esta particularidad.

En palabras del máximo intérprete de la Constitución peruana:

La consagración de los procesos constitucionales en la Norma Fundamental otorga a estos un especial carácter que los distingue nítidamente de los procesos ordinarios, cuando menos en cuatro aspectos: **1)** Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional, ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; **2)** Por el rol del Juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; **3)** Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del

proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales, y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no solo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso, a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00607-2009-PA/TC)

Estas diferencias, por tanto, nos obligan a no estandarizar las medidas cautelares, así como alejarnos de una aplicación meramente formal y mecánica que se sustente en la aplicación supletoria del proceso civil al proceso constitucional.

De esta manera, pese a que la propia norma remita al Código Procesal Civil en todo lo que no se encuentre previsto con relación a medidas cautelares, debe tenerse en cuenta en cada caso concreto que la disposición contenida en el artículo IX, segundo párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional señala expresamente que los códigos afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria, siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional.

198

Entonces, no será posible aplicar de manera mecánica las normas de códigos afines, por lo que es indispensable el análisis respecto a si las disposiciones creadas para procesos ordinarios favorecen al proceso en la protección de derechos constitucionales.

## II. LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Respecto a la tutela cautelar, Calamandrei (1945) señaló lo siguiente: «[...] es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia» (Calamandrei, 1945). Así también, Ledesma (2008) expresa sobre la cautela:

[...] está vinculada a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. En ciertos casos, se trata de evitar que el particular sufra mayores daños, pero en otros supuestos la cuestión radica en garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es,

que la sentencia no sea ineficaz en razón de que al haber transcurrido un tiempo ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

Sobre el particular, ha señalado el Tribunal Constitucional peruano:

«Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta». (Tribunal Constitucional, 2006)

A partir de lo anterior, debemos precisar que las medidas cautelares, como herramientas de la tutela cautelar, son mecanismos que, en protección de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, permiten evitar perjuicio irreparable para la parte demandante, en la espera de pronunciamiento firme por el órgano jurisdiccional.

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales —reconocidos por la Constitución, la Ley o dicha Convención—, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

En nuestro país, este denominado recurso de defensa de derechos constitucionales está constituido por los procesos constitucionales, los que, conforme al artículo 200 de la Constitución Política del Perú, están clasificados de la siguiente manera: hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular y cumplimiento (denominados de **defensa de la libertad**); así como, de inconstitucionalidad (**de control orgánico**). Asimismo, se tiene como proceso constitucional al proceso competencial, que desarrolla la atribución asignada al Tribunal Constitucional en el artículo 202.3 de la Constitución.

Además, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional peruano, son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales

reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa.

El Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que, la efectividad de la tutela atraviesa, *prima facie*, todos los contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional y se constituye en uno de sus elementos indispensables, no solo en lo que se refiere al proceso de amparo, sino subsidiariamente en el procedimiento cautelar, dado su carácter instrumental en la consecución de una resolución que realice los fines comunes a todos los procesos constitucionales: proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía jurídica de la Constitución. (Tribunal Constitucional, 2006)

De esta manera, si se tiene en cuenta que, conforme se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad (caso Proceso de inconstitucionalidad contra el D.U. N.º 055-2001, y la Ley N.º 27684, 2004), la posibilidad de incorporar dentro de la estructura del proceso constitucional a la interposición de medidas cautelares se constituye como un mecanismo efectivo que coadyuva en la consecución de los fines de los procesos constitucionales, garantizando que la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado no se convierta en irreparable.

200

Por tanto, la importancia de las medidas cautelares en el proceso constitucional radica en que, con ellas, la parte agraviada con la vulneración o amenaza de derechos constitucionales puede obtener protección rápida y efectiva que permita suspender el acto vulneratorio o sus consecuencias, o evitar que este se consuma.

### III. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL PERUANO

El 07 de diciembre de 1982, se expide la Ley N.º 23506 o *Ley de hábeas corpus y amparo* que, si bien no contiene disposiciones específicas respecto a medidas cautelares, en su artículo 31 establecía que, «[a] solicitud de parte y en cualquier momento, el Juez podrá disponer la **suspensión del acto que dio (lugar) al reclamo**, cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere precedentes». Esta suspensión del acto reclamado constituye en sí una medida cautelar tendiente a asegurar que, por el paso del tiempo, no se pierda eficacia en la protección del derecho objeto de protección.

Luego, el 31 de mayo de 2004 se publica la Ley N.º 28237 – Código Procesal Constitucional que, dentro del Título I, dedica en los artículos 15 y 16 disposiciones sobre medidas cautelares.

Actualmente, desde el 23 de julio de 2021, se encuentra vigente la Ley N.º 31307 que, dentro del Título I, Capítulo II, artículos 18 a 20, contiene disposiciones referidas a medidas cautelares en procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Así también, en los artículos 93 y 110, se tienen disposiciones respecto a medidas cautelares en procesos de acción popular y competencial.

Entre el antiguo y el nuevo Código Procesal Constitucional no existen diferencias sustanciales respecto al tratamiento de medidas cautelares, pues se mantiene la misma técnica legislativa, salvo si la pretensión estuviese dirigida a dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de la aplicación de la legislación regional o municipal, tema respecto del cual la norma derogada establecía un procedimiento diferenciado que exigía traslado de la medida cautelar a la parte afectada y participación del Ministerio Público<sup>1</sup>.

Sobre esto último, cabe recordar que el Tribunal Constitucional validó este procedimiento especial, declarando infundada una demanda de inconstitucionalidad que planteó la Defensoría del Pueblo, señalando entre otros fundamentos que tiene por finalidad evitar que se interpongan medidas cautelares que dificulten la actuación de los gobiernos locales y regionales, así como que su establecimiento representa la existencia de mecanismos que garantizan una tutela cautelar razonable, en cuanto buscan persuadir a los justiciables de la presentación excepcional de los respectivos pedidos de medida cautelar, en el caso del cuestionamiento a los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales. (Tribunal Constitucional, 2006)

Coincidiendo con la crítica (Abad, 2009), consideramos que el procedimiento especial señalado generaba una diferenciación injustificada en el tratamiento de medidas cautelares, más aún que, para el caso de actos administrativos relacionados con leyes o reglamentos (amparo contra normas), no se establecía el alcance de dicho procedimiento especial. Además, en la práctica, en ninguno de los casos de medidas cautelares respecto de actos administrativos relacionados con legislación municipal o regional se apersonó el Ministerio Público.

<sup>1</sup> El artículo 15 del derogado Código Procesal Constitucional tenía el siguiente texto en el extremo analizado: «[c]uando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad».

De esta manera, consideramos acertada la decisión de eliminar dicho procedimiento especial, discrepando con las voces que llaman la atención por su no incorporación. (Beaumont, 2022)

Cabe hacer mención de que con la expedición de la Ley N.º 31583, del 05 de octubre de 2022, se ha retornado al procedimiento excepcional; esta vez, para los supuestos de medidas cautelares respecto de procesos de selección de obras públicas o de la ejecución de estas, en los cuales se exige, además de la presentación de una carta fianza, y bajo sanción de nulidad, que se traslade la medida cautelar a la parte demandada por el plazo de 10 días; para luego, la Sala Superior<sup>2</sup> resolver la oposición en el plazo de 05 días. Dada la trascendencia de este tipo de medidas cautelares, resulta prudente realizar un procedimiento especial. Sin embargo, pueden presentarse problemas respecto al tiempo que demore el procedimiento; por ejemplo, si la ejecución de la obra requiere ser paralizada de inmediato porque vulnera derechos constitucionales. Sobre este punto, sería mucho más práctico establecer la posibilidad de audiencia en la que los sujetos procesales puedan debatir y exponer sus argumentos directamente ante el juez, lo que ayudaría no solo a resolver más rápido, sino que también propiciaría la rapidez en la ejecución de la medida, en tanto que, terminada la audiencia, ya sería ejecutable, lo que ayudaría mucho en casos particularmente sensibles en los que sí se advierta vulneración.

202

#### **IV. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL**

Es importante destacar que el Nuevo Código Procesal Constitucional, siguiendo a su predecesor, ha establecido la aplicación supletoria de las reglas que, sobre esta materia, recoge el Código Procesal Civil, en el Título IV de la Sección Quinta, denominado proceso cautelar.

En este sentido, resulta de importancia tener en cuenta que la medida cautelar que se trabe en el proceso constitucional importa un prejuzgamiento, es provisoria, instrumental y variable, como lo prescribe el artículo 612 del Código Procesal Civil.

Es provisoria, en tanto que su vigencia está supeditada a la sentencia firme expedida en el proceso principal y definitivo al cual está subordinado el proceso cautelar (Carnelutti, 1959).

---

<sup>2</sup> Recuérdese que, en los supuestos mencionados, es competente para conocer el proceso principal la Sala Superior Constitucional o Civil.

Así, una vez se decida el fondo del asunto de manera definitiva en forma favorable a la parte demandante, la medida cautelar desaparece como tal, convirtiéndose en medida ejecutiva.

Sin embargo, si la sentencia definitiva desestima la demanda, la medida cautelar se extingue de manera automática, quedando sin efecto todo lo actuado en el cuaderno incidental en el que se tramitó.

Es instrumental y accesoria, porque sirve a la eficacia del proceso principal del cual depende, «constituye de una manera inevitable, un medio predispuerto para el mejor éxito de la providencia definitiva que, a su vez, es el medio elegido para la actuación del derecho» (Ottolenghi, 1946). De allí que, como veremos más adelante, sea un requisito para la concesión de medida cautelar en el proceso constitucional la adecuación de la medida.

Es variable, lo que implica que, en tanto cambien las circunstancias que motivaron su expedición, existe la posibilidad de que sea modificada por el órgano jurisdiccional. Ello, porque la resolución que concede una medida cautelar no genera la calidad de cosa juzgada, por lo que es permisible su sustitución total o parcial, claro está, siempre y cuando los nuevos hechos o elementos de convicción hagan necesaria la decisión y permitan justificarla.

## **V. REQUISITOS DE FORMA PARA LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES**

### **1. Juez competente**

En aplicación supletoria del primer párrafo del artículo 608 del Código Procesal Civil, será competente el juez de la demanda principal, esto es, quien se encuentra habilitado para conocer las pretensiones de la demanda.

Por ejemplo, si la demanda se presentó ante el Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, será este órgano jurisdiccional el único ante quien podrá presentarse solicitud de medida cautelar.

### **2. Previa presentación del escrito de demanda**

Como se desprende del último párrafo del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en el proceso constitucional solo son procedentes las medidas cautelares dentro de proceso, lo que genera una primera inquietud respecto a la oportunidad para presentar una solicitud de medida cautelar.

Una primera tesis, siguiendo las normas del proceso civil, exigirá como requisito de admisibilidad de la solicitud cautelar la existencia previa de auto que admite a trámite la demanda. Ello, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 640 del Código Procesal Civil, a la solicitud cautelar debe agregarse copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Así, dentro de la práctica judicial, algunos consideran que la parte solicitante debe esperar a que se le notifique con el auto que admite a trámite la demanda para encontrarse habilitada a presentar una solicitud cautelar.

Una segunda tesis —que postulamos— sostiene que podrá interponerse de manera simultánea el escrito de demanda y la medida cautelar, a efecto de evitar el perjuicio que podría ocasionar en la parte solicitante y el tiempo que tome la calificación de la demanda, el que por más breve que sea, puede generar irreparabilidad. Así, sostenemos que, en aplicación del principio de adecuación<sup>3</sup>, el órgano jurisdiccional constitucional puede resolver la solicitud de medida cautelar, inmediatamente después de que califique la demanda positivamente.

### 3. Contracautela excepcional

204

Bajo una mirada formalista, podría considerarse que, al no haberse excluido por el artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional la aplicación de los artículos 610.4 y 613 del Código Procesal Civil, referidos a la contracautela, debería exigirse la misma con la presentación de la medida cautelar.

Sin embargo, nuevamente, atendiendo a la naturaleza del proceso constitucional y a los principios de adecuación y gratuidad, consideramos que el ofrecimiento de contracautela debe ser un requisito excepcional, pero no la regla general. Ello, porque en el proceso constitucional no se decide sobre contenido patrimonial, sino sobre la protección de derechos constitucionales. Por tanto, será el órgano jurisdiccional, en cada caso concreto, el que establecerá la necesidad o no de contracautela, motivando su necesidad al declarar la inadmisibilidad de la medida cautelar, de considerarla necesaria.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el pleno jurisdiccional constitucional señalando que la imposición de contracautela debe ser excepcional y proporcional, es decir, solo para materias que tengan contenido patrimonial y en los casos que el

---

<sup>3</sup> Artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional: «[...] el juez y el Tribunal Constitucional **deben** adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales».

juzgador creyere pertinente. Además, es fundamento de esta posición lo decidido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 607-2009-PA/TC, que está referida a la actuación inmediata de sentencia, para la que no se requiere contracautela.

Es de precisar que con la modificación del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante Ley N.º 31583, en el caso de medida cautelar sobre selección de obras públicas o de ejecución de estas, es obligatoria la presentación de contracautela consistente en una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento en favor del Estado, con una vigencia no menor de 6 meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad con clasificación de riesgo B o superior autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar considerados en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. Al respecto, repetimos la necesidad de prudencia respecto a este tipo de medidas cautelares, pero la misma obligaba también a ponerse en el supuesto de que exista manifiesta vulneración de derecho constitucional y se requiera la expedición de la medida, pero no se cuenta con carta fianza; por lo que consideramos que debieron permitirse supuestos de excepción de este requisito.

#### **4. Cuaderno incidental**

Una vez presentada la solicitud de medida cautelar se generará un cuaderno incidental, en el cual se emitirán todos los actos procesales correspondientes, en tanto que el proceso cautelar mantiene autonomía del proceso principal, lo que también se reconoce en el artículo 635 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso constitucional.

Por ello, es importante, primero, que se presente la solicitud cautelar en un escrito diferente al de la demanda; y, segundo, que cuando se presente un escrito relacionado con la medida cautelar, se verifique, por quien presente el escrito, que este sea ingresado en el cuaderno cautelar. Ello, a efecto de evitar dilaciones innecesarias en el trámite del proceso cautelar.

Es muy importante tener en cuenta que la admisión de una demanda de proceso constitucional no implica la suspensión del acto que se considera vulnera o amenaza el derecho constitucional objeto de protección. Por tanto, si existe urgencia de protección constitucional, la defensa de la parte demandante deberá presentar una medida cautelar. Esta es una obligación y responsabilidad de la defensa de la parte demandante.

En nuestra experiencia, hemos visto muchos casos en lo que, erróneamente, los abogados consideran que la sola admisión de la demanda implicará el cese del acto vulnerador. De este modo, no presentan al órgano jurisdiccional el escrito de medida cautelar, responsabilizando al órgano jurisdiccional por los perjuicios que se ocasionen, si es que el derecho constitucional materia de proceso se convierte en irreparable.

## 5. ¿Es posible dictar medida cautelar de oficio?

El Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) establece que el proceso constitucional debe desarrollarse teniendo presente el principio de adecuación o «flexibilización», por el cual el órgano jurisdiccional tiene el **deber** de adecuar la exigencia de formalidades previstas en el Código, al logro de los fines de los procesos constitucionales<sup>4</sup>.

La norma adjetiva constitucional comentada regula las medidas cautelares, en los artículos 18 y 19, sin que se establezca de manera expresa y, como requisito obligatorio, su presentación por escrito.

206

Por tanto, si bien por regla general y en aplicación supletoria del Código Procesal Civil las medidas cautelares deben ser interpuestas por escrito, consideramos que, en aplicación del principio de adecuación y por razones debidamente justificadas, la justicia constitucional puede actuar de oficio en la concesión de medidas cautelares.

En nuestra experiencia en la judicatura tuvimos la oportunidad de conocer el caso 421-2023-0-0401-JR-DC-01, sobre persona en estado de vulnerabilidad por tener enfermedad autoinmune, la misma que, pese a haber solicitado realizar teletrabajo amparada en la Ley N.º 31572, no recibió respuesta a su solicitud y, a pesar de que la propia Ley establecía que la falta de respuesta tenía consecuencias de silencio positivo, era obligada a trabajar presencialmente, pese a los ajustes razonables que debía realizarse por su condición de salud. En dicho caso, se levantó acta en la que la persona beneficiaria del proceso solicitaba se adopten por el Juzgado las medidas necesarias en protección de derechos constitucionales y en la que señaló que no tenía las condiciones económicas para contar con defensa privada y con necesidad de atención por la justicia constitucional, así como que,

---

<sup>4</sup> Conforme al artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa.

al acudir a la defensa pública y consultorios jurídicos gratuitos, se le informó que podría ser asesorada u orientada, mas no llevar su caso, porque ellos «no ven ese tipo de casos»<sup>5</sup>.

Cabe señalar que la beneficiaria del proceso acudió al Juzgado Constitucional de Arequipa, con su estado de salud realmente deprimido, cojeando y con los dedos de las manos totalmente contraídos como resultado de la actividad de una enfermedad autoinmune, pidiendo teletrabajar para no tener que ser vista en ese estado por sus compañeros de trabajo.

## **VI. REQUISITOS DE FONDO PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES**

Están consignados en el Artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional y coinciden con los que requiere la teoría general del proceso para toda medida cautelar (aparición de derecho, peligro en la demora y adecuación). Sin embargo, ello no nos debe llevar a una mirada formalista, tal y como recalca el Tribunal Constitucional:

El desarrollo civilista realizado de la tutela cautelar debe ser leído desde la Constitución, de lo contrario estaríamos ante una medida cautelar vacía de contenido constitucional sustantivo, propia de un modelo de Estado de Derecho formalista y ritualista, donde el legislador regulaba los procesos de forma abstracta, avalorativa y neutral frente a la Constitución. Sin embargo, en el Estado Democrático y Social de Derecho, la Constitución, y no la ley, es la fuente del derecho; pero no cualquier noción de Constitución —normativa, avalorativa y formal—, sino una Constitución que adquiere fuerza normativa en el cumplimiento de los fines y deberes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, sobre la base del respeto de la persona humana. En consecuencia, la medida cautelar es un instituto procesal, pero al igual que existen procedimientos especiales, también resulta legítimo que se diferencie por la naturaleza de los bienes a cautelar.

Cabe advertir que, para la expedición de medida cautelar, debe verificarse la concurrencia de todos los requisitos; de tal manera que, a falta de uno solo de ellos, la consecuencia será la denegación de la solicitud. Además, debe de analizarse la irreversibilidad, el orden público y el perjuicio que se puede ocasionar.

---

<sup>5</sup> Análisis aparte merece la situación de la defensa pública en procesos constitucionales, la que no se viene efectivizando a pesar de lo que dispone el Nuevo Código Procesal Constitucional.

## 1. Apariencia del derecho

Se refiere a lo que la teoría del proceso denomina *fumus bonis iuris*, que en el proceso constitucional debe ser entendido como la probabilidad de que el solicitante sea objeto de vulneración o amenaza de derechos constitucionales por la parte demandada.

Nótese que enunciamos «probabilidad» y no simplemente «posibilidad», porque las medidas cautelares que se solicitan en el proceso constitucional son de tutela anticipada (de innovar o de no innovar), de modo que, el análisis de apariencia debe ser más riguroso en estos casos. Además, porque en el artículo 18 del Nuevo Código Procesal Constitucional se señala que las medidas cautelares deben limitarse a garantizar el contenido de la pretensión constitucional.

Para entender esto último, debemos precisar que la doctrina identifica dos tipos de tutela cautelar. Una asegurativa (la anotación de demanda, por ejemplo), que busca mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente se desarrollen los efectos de la sentencia principal, se hagan sin obstáculos y con toda plenitud; para cual se requiere un análisis de simple verosimilitud del derecho, entendiendo lo verosímil como «posiblemente cierto» (Rivas, 2000).

208

Otra tutelar cautelar es la anticipatoria, que procura una satisfacción del derecho de fondo, a pesar de no tener una condena expresa y con certeza, ya que el objeto de la cautela se identifica con el objeto de la pretensión, existiendo coincidencia entre lo reclamado y lo anticipado. La reposición en el cargo, en un amparo laboral; la restitución de la pensión suspendida, en el amparo previsional; la suspensión de los efectos del acto administrativo cuestionado; son ejemplos de este tipo de tutela, respecto de la cual los presupuestos serán de mayor intensidad, requiriéndose juicio de probabilidad. (Ledesma, 2018)

Asimismo, es importante precisar que el análisis de apariencia del derecho debe realizarse a partir de los argumentos enunciados y elementos de convicción acompañados en la solicitud cautelar. En este sentido, viene resolviendo el Juzgado Constitucional de Arequipa (2021), que se pronuncia con las siguientes palabras:

Estando a que se trata de medida cautelar innovativa, en la que se requiere la modificación de la realidad existente, solicitado en buena cuenta —la reposición de la demandante a su anterior puesto de trabajo—, debe verificarse no solo que los hechos alegados tengan apariencia de constituir vulneración de derecho constitucional, sino, además, que, los recaudos acompañados permitan advertir, en grado de apariencia, que dichos hechos sean verdaderos

De esta manera, se destaca la necesidad de que se realice una labor de verificación entre los hechos alegados y los elementos de convicción acompañados a la medida cautelar.

## **2. Peligro en la demora**

El Nuevo Código consigna como otro requisito de la medida cautelar el que «exista certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable».

Huelga hacer mención de que la técnica legislativa utilizada no es la adecuada, en tanto que se solicita «certeza razonable», lo cual resulta incongruente; primero, porque la certeza no tiene posibilidad de ser razonable o irrazonable y segundo, porque en el proceso cautelar no es posible hablar de certeza. Cabe señalar que esta mala redacción ya ha sido objeto de crítica, en cuanto a la aparente contradicción al exigirse certeza en un escenario cautelar. (Espinoza-Saldaña, 2021)

Se entiende que lo que se quiso abordar con esta mala redacción, es lo que la doctrina denomina *periculum in mora* o peligro en la demora, supuesto para el que debe analizarse la «justificación del peligro que representa el perjuicio que, de no acordarse la suspensión de la ejecución del acto cuestionado con el proceso constitucional, se ocasionaría al demandante» (Tribunal Constitucional, 2006) .

Se trata de luchar contra el tiempo, a efecto de evitar la irreparabilidad del derecho objeto de protección. Así, por ejemplo, frente a personas en estado de vulnerabilidad, la medida cautelar asegura la protección del derecho constitucional evitando mayor perjuicio.

## **3. Adecuación de la medida**

El Código exige que el pedido deba ser adecuado o razonable. Ello significa que la pretensión cautelar debe estar relacionada con la pretensión principal; «debe existir correlación entre el pedido cautelar concreto y la situación de la que es objeto aquel». (Monroy, 2004)

En palabras del Tribunal Constitucional, este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue. (Caso proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28237, 2006).

De esta manera, cuando el órgano jurisdiccional califique una solicitud de medida cautelar, deberá verificar que el petitorio cautelar, esté relacionado con la pretensión principal a la que está subordinado. Así, también lo reconoce el Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa cuando señala: «las medidas cautelares se dictan para asegurar la pretensión principal y atendiendo a que lo que se pide como ampliación de medida cautelar, no forma parte de la pretensión principal, sería imposible para este Despacho, autorizar una medida cautelar que no garantice ninguna medida que pueda dictarse en el expediente principal» (Caso Edmundo David Monteverde Valverde, 2020).

## **VII. REGLAS EXPRESAS DE IMPROCEDENCIA EN EL PROCESO CAUTELAR**

Como señalamos anteriormente, el proceso constitucional se distingue de los demás procesos y, por tanto, pese a que sigue las reglas del Código Procesal Civil, en forma supletoria, existen prohibiciones expresas que se consignan en el último párrafo del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Así tenemos:

### **1. No procede la medida anticipada**

210

La norma adjetiva constitucional establece prohibición expresa para el proceso constitucional, del artículo 618 del Código Procesal Civil, que prevé la medida anticipada, entendida como aquella que se dicta por la judicatura, a efecto de evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. Así, se tiene que, en el proceso civil, si se hubiera ejecutado una medida cautelar sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore con el tiempo u otra causa, puede ordenarse su enajenación previa citación a la parte contraria. Asimismo, el dinero que se obtenga mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad.

Al respecto, es de tener en cuenta que, como el proceso constitucional no tiene fines indemnizatorios, carecería de objeto que en él se traben medidas cautelares respecto de bienes perecibles o que pierdan su valor.

### **2. No proceden medidas cautelares fuera de proceso**

En el proceso civil, se prevé la posibilidad de solicitar tutela cautelar antes de la interposición de la demanda, lo cual no es aplicable al proceso constitucional, en tanto que existe prohibición de aplicación del artículo 636 del Código Procesal Civil. Por tanto, no debe olvidarse que, si se considera necesario solicitar una medida cautelar, deberá presentarse previamente una demanda.

Pese a esta disposición expresa que establece la norma, muchos abogados de la defensa vienen presentando medidas cautelares fuera de proceso que son declaradas improcedentes, con el perjuicio de tiempo y oportunidad que significa para la parte demandante esta mala práctica<sup>6</sup>.

### 3. No procede el embargo

De manera genérica, el Nuevo Código Procesal Constitucional establece que no son de aplicación al proceso constitucional los artículos 642 al 672 del Código Procesal Civil, que son precisamente los que establecen las reglas del embargo.

En tal sentido, no son procedentes en el proceso constitucional: el secuestro y el embargo, en forma de inscripción, de retención, de intervención en recaudación, de intervención en información, así como de administración de bienes.

## VIII. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESOS DE AMPARO, CUMPLIMIENTO Y HÁBEAS DATA

El artículo 18 del Nuevo Código Procesal Constitucional —repetiendo la redacción del artículo 15 de la norma adjetiva constitucional que lo precedió— establece que se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 17 de este código. Dicho de otro modo, establece la procedencia de medidas cautelares en estos procesos constitucionales.

Una **primera** cuestión que surge respecto a la redacción del artículo citado es que pareciera que se pretende diferenciar entre medidas cautelares y de suspensión del acto reclamado. Coincidimos con quienes afirman que, en realidad, se utiliza la expresión «suspensión del acto reclamado», para «reconducir a la figura tradicional conforme ha sido concebida en los ordenamientos de México y Argentina y recogida en la versión original del artículo 31 de la Ley 23506» (Mesía, 2004).

<sup>6</sup> Solo en el Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, por ejemplo, se emitió pronunciamiento de casi 20 solicitudes de medidas cautelares fuera de proceso, en los expedientes: 166-2020-72-0401-JR-DC-01, 170-2020-9-0401-JR-DC-01, 13-2020-28-0401-JR-DC-01, 828-2019-90-0401-JR-DC-01, 827-2019-53-0401-JR-DC-01, 804-2019-11-0401-JR-DC-01, 815-2019-19-0401-JR-DC-01, 586-2019-96-0401-JR-DC-01, 223-2019-98-0401-JR-DC-01, 219-2019-51-0401-JR-DC-01, 136-2019-81-0401-JR-DC-01, 94-2019-97-0401-JR-DC-01, 37-2019-66-0401-JR-DC-01, 891-2018-66-0401-JR-DC-01, 840-2018-95-0401-JR-DC-01, 400-2016-6-0401-JR-DC-01.

Paréntesis aparte, estos casos pueden servir de insumo para un estudio de investigación que permita revelar la necesidad de capacitación en materia procesal constitucional de nuestros abogadas y abogados.

Un **segundo** punto es la remisión errada al artículo 17 como límite en la concesión de medidas cautelares, en tanto que, si acudimos a dicha disposición, podremos advertir que está relacionada con la responsabilidad del agresor, que debe ser materia de pronunciamiento en la sentencia. En otras palabras, no tiene relación alguna con limitaciones a la medida cautelar. Ahora bien, revisando el artículo 15 del antiguo Código Procesal Constitucional, tenemos que la limitación está relacionada con los supuestos de amparo en contra de la norma. Por tanto, la remisión en el Nuevo Código Procesal Constitucional debió estar consignada con remisión al artículo 8 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Grave error de redacción, que tristemente no es el único que se ha podido advertir en este cuerpo normativo que tiene vigencia desde julio de 2021.

En **tercer** lugar, entrando en materia, es necesario analizar qué medidas cautelares pueden solicitarse en el proceso constitucional. Recordemos que el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: «las medidas cautelares están destinadas a neutralizar la posible ineficacia del proceso principal, **a fin de garantizar la conservación o modificación** de la situación jurídica existente según el contenido de la pretensión» (Caso Municipalidad Distrital de Barranco, Lima - Auto de Medida Cautelar, 2021).

212

En este sentido, teniendo en cuenta lo anterior y la autorización para acudir al Código Procesal Civil que realiza el Nuevo Código Procesal Constitucional en su artículo 19, último párrafo, podemos afirmar que las medidas cautelares que pueden interponerse en el proceso constitucional son las siguientes:

### 1. Medida cautelar de innovar

Conforme al artículo 682 del Código Procesal Civil, proceden ante la inminencia de un perjuicio irreparable, y están destinadas a **reponer** un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es, el sustento de la demanda. Se resalta su excepcionalidad, por lo que solo se concederán cuando no resulte aplicable otra medida prevista en la ley.

Asimismo, su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y el adecuado aseguramiento de la decisión final a cuyos extremos deberá limitarse.

Como ejemplo de estas medidas, tenemos los casos de amparo laboral por despido nulo, practicado en contra de la mujer por su estado de embarazo. En estos casos, se solicita medida cautelar con el objeto de que el órgano jurisdiccional

reponga en sus labores a la solicitante, más aún que el despido genera la imposibilidad de gozar de las prestaciones de los servicios de salud que brinda ESSALUD o EPS, lo que resulta primordial ante el estado de gestación.

Como vemos, con las medidas innovativas se pretende cambiar la situación existente al momento de la solicitud. Así, en el ejemplo propuesto, concedida la medida cautelar, la parte demandante cambiará su condición de «despedida» a «repuesta» en su trabajo.

## 2. Medida cautelar de no innovar

Conforme al artículo 687 del Código Procesal Civil, proceden ante la inminencia de un perjuicio irreparable, están destinadas a **conservar** la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda. Su concesión es también excepcional; esto es, cuando no resulte de aplicación otra medida cautelar prevista en la Ley.

En la disposición citada, el Código Procesal Civil agrega que este tipo de medidas debe encontrarse relacionada con las personas y bienes comprendidos en el proceso.

Así, por ejemplo, constituye medida de no innovar la solicitud de suspensión de los efectos de las resoluciones administrativas, cuya nulidad es objeto de la pretensión principal en proceso de amparo.

Luego, la suspensión del acto violatorio constituye, en realidad, una medida cautelar de no innovar, pues «la suspensión encierra en rigor, una orden de no innovar en forma de mandamiento de prohibición. El destinatario de esa orden —sea autoridad o particular— debe paralizar su actividad, debe dejar de hacer. No se le impone nada positivo, sino algo negativo: abstenerse». (Bidart, 2018).

## 3. Inscripción de demanda

Aunque en la práctica no es una medida muy solicitada —a diferencia de los procesos civiles, en los que es la más requerida—, nada impide que pueda ser utilizada en el proceso constitucional, en aplicación supletoria del artículo 673 del Código Procesal Civil, que establece que, cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo; siendo que, para su ejecución, el órgano jurisdiccional remitirá partes

al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

Un ejemplo para la aplicación de esta medida lo tenemos en los casos en que, en protección del derecho de propiedad, se interpone proceso de amparo, solicitando la reversión de propiedad del bien inscrito a nombre del Estado cuando se realizó sin procedimiento de expropiación.

#### 4. Medidas cautelares específicas en procesos de hábeas data

El artículo 58 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece para el proceso de hábeas data las siguientes medidas cautelares adicionales:

- Que mientras dure el proceso, se inscriba en el registro o banco de datos que, la información cuestionada está sometida a un proceso constitucional.
- Disponer el bloqueo o la suspensión provisional de la difusión del dato o de la información sometida al proceso, cuando sea manifiesto su carácter discriminatorio, falso, inexacto o si contiene información sensible o privada cuya difusión pudiese causar un daño irreparable.
- La colocación de sellos de seguridad en los ambientes de las entidades, la incautación por parte del juez y la verificación o reproducción de la información, cuando el juez aprecie riesgo de su ocultación, desaparición o destrucción.

214

En **cuarto** lugar, es importante realizar algunas reflexiones respecto al **trámite** de la medida cautelar en los procesos materia de análisis, las cuales, por razones de espacio, sintetizamos en los siguientes puntos:

- Se conceden a solicitud de parte, no de oficio; a excepción de las medidas específicas en hábeas data que, conforme al artículo 58 del Nuevo Código Procesal Constitucional, también pueden imponerse de oficio.
- Se conceden sin traslado a la parte demandada (*inaudita parte*)
- Con la resolución que concede la medida cautelar, también notificarse a la parte demandada con la solicitud cautelar y sus anexos. En garantía del derecho de defensa, teniendo en cuenta que las medidas que se conceden son de innovar y de no innovar, en su mayoría.
- La parte demandada tiene posibilidad de oponerse a la medida cautelar, para que el propio Juez que la dictó la deje sin efecto.

## **IX. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE ACCIÓN POPULAR**

El artículo 93 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que, en el proceso de acción popular, sí procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado.

Asimismo, se precisa que el contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.

Sobre este punto, cabe advertirse que resulta justificada la restricción para la presentación de la medida cautelar en proceso de acción popular, consistente en que deberá esperarse a la existencia de pronunciamiento de primera instancia, atendiendo a la inaplicación general de la norma reglamentaria que tiene como consecuencia la estimación de la demanda en este tipo de proceso constitucional.

## **X. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El Nuevo Código Procesal Constitucional no establece, de manera expresa, posibilidad de emisión de medida cautelar en proceso de inconstitucionalidad, pero tampoco la niega.

Un dato curioso es que, en el dictamen recaído en los proyectos de ley que dieron lugar a la Ley N.º 31307 – Nuevo Código Procesal Constitucional, no se justifica la razón por la que se decidió dejar de consignar el texto del artículo 105 del antiguo Código Procesal Constitucional, en el que se negaba expresamente la admisión de medidas cautelares en el proceso constitucional.

Ante el silencio de la norma, será el máximo intérprete de la Constitución el que, a través de la jurisprudencia, establezca los criterios que permitirán o no la procedencia de medida cautelar en proceso constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que, conforme a la legislación vigente, nada impide que se decante por la posibilidad de conceder medidas cautelares en procesos de inconstitucionalidad, suspendiendo, por ejemplo, la vigencia de la norma hasta que se emita la sentencia definitiva (suspensión del acto violatorio como medida de no innovar). Debe considerarse en este punto que, en casos de evidente inconstitucionalidad de la norma, cada día de su vigencia es una agresión al Estado constitucional de derecho.

No compartimos la tesis del profesor y magistrado Figueroa (2013), cuando justificando la improcedencia de medidas cautelares en proceso de inconstitucionalidad al señalar lo siguiente:

Dicha improcedencia se debe a que estamos frente a un proceso de control concentrado en puridad a cargo del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. No existe, bajo esa lógica, otra instancia de reexamen de esta decisión, salvo la jurisdicción supranacional. Sin embargo, esta ciertamente no es competente respecto de medidas cautelares, sino de decisiones de fondo y siempre que se cumplan las condiciones predeterminadas, entre otras, de decisión denegatoria en sede nacional, que exista responsabilidad del Estado peruano y que se recurra al sistema interamericano en el plazo de seis meses de concluida la controversia en sede nacional.

Y es que la concesión de medidas cautelares no encuentra justificación o rechazo solo teniendo en cuenta el órgano que debe emitirlas, sino a la necesidad de protección urgente e inaplazable de los derechos constitucionales objeto de proceso. Por tanto, reiteramos que, vía jurisprudencia, deben establecerse los supuestos de procedencia específicos para la emisión de medidas cautelares en procesos de inconstitucionalidad.

## **XI. MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO COMPETENCIAL**

El nuevo Código Procesal Constitucional permite la procedencia de medida cautelar en proceso competencial. Así, en su artículo 110 establece que el demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Esto es, la decisión que se emite por el Poder Ejecutivo, Gobierno Regional, Gobierno Municipal, Poder del Estado u órgano constitucional, que la parte demandante considera que contiene afectación de competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otra entidad.

Asimismo, la misma disposición procesal constitucional señala que cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, este podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la norma adjetiva constitucional condiciona la aprobación de la medida cautelar en proceso competencial a la conformidad en la votación de cinco de los siete magistrados que conforman el Tribunal Constitucional. Esto quiere decir que la concesión de medida cautelar en proceso competencial requiere mayoría absoluta.

## **XII. COSTOS Y COSTAS EN PROCESO CAUTELAR**

Corresponde su imposición únicamente si en el proceso principal no se reconoce el derecho reclamado por el demandante a quien se concedió medida cautelar, debiéndose proceder a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. Así lo dispone el artículo 20, segundo párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional, que repite exactamente la redacción del artículo 16, tercer párrafo, del derogado Código Procesal Constitucional.

Además, la norma establece que, además de los costos y costas, el afectado puede promover la declaración de responsabilidad, solicitando la indemnización correspondiente. Si el órgano jurisdiccional estima la petición, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal.

Asimismo, se prescribe que la resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo, la cual establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.

Dos son los aspectos sobre los que queremos poner atención en cuanto al tema en análisis. El primero, en cuanto a que, en el texto del antiguo y el nuevo Código Procesal Constitucional, se copia la fórmula diseñada en el artículo 621 del Código Procesal Civil. Sin embargo, el último párrafo del artículo 19 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que no es aplicable al proceso constitucional dicho artículo del Código Procesal Civil. Otro más de los errores de redacción de los que adolece la actual normatividad adjetiva constitucional.

El segundo, es un cambio de paradigma, pues hemos repetido hasta el cansancio que el proceso constitucional no tiene fines indemnizatorios; sin embargo, la norma establece un supuesto de indemnización en el proceso cautelar, aspecto que nos debe llevar a reflexionar, en próximas investigaciones, sobre la posibilidad y/o necesidad de incorporar medidas de reparación indemnizatorias también en el proceso principal.

## **XIII. VIGENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR**

El artículo 20, primer párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional, es idéntico al artículo 16, primer párrafo, del antiguo Código Procesal Constitucional, en cuanto al siguiente texto: «[1]a medida cautelar se extingue

de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada».

La cuestión problemática que aquí se presenta es qué sucede con la medida cautelar si es que la Sala Superior, pronunciándose sobre el recurso de apelación, revoca la sentencia emitida por el Juez Especializado que declaró fundada la demanda, y se encuentre pendiente de pronunciamiento el recurso de agravio constitucional por el Tribunal Constitucional. Existen dos posibles respuestas.

La primera consistente en que los efectos de la medida cautelar deben mantenerse a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que conforme al artículo 16 del Nuevo Código Procesal Constitucional es el único que genera cosa juzgada. A lo que se agrega que en el artículo 19 del mismo cuerpo normativo se prohíbe la aplicación del artículo 630 del Código Procesal Civil, el cual establece como regla general para el proceso civil que si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Si esta disposición no es aplicable al proceso constitucional, entonces, en el proceso constitucional, la medida cautelar no queda cancelada con la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda.

218

Una segunda respuesta, en el sentido de que la medida cautelar debe cancelarse, tiene como sustento el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2020), el cual establece que una vez revocada la sentencia de primer grado, no será posible disponer ni continuar su ejecución, porque ha perdido virtualidad; de lo que podría interpretarse que la apariencia del derecho también ha perdido virtualidad, más aún cuando la medida cautelar está subordinada al proceso principal, lo que llevaría a dejar sin efecto la medida cautelar.

Pareciera que la primera solución es la que debe interpretarse del texto normativo en análisis. Ello atendiendo a la protección de derechos constitucionales, que es el fin del proceso constitucional, teniendo en cuenta, además, que no son pocos los casos en los que el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, aún cuando la primera o la segunda instancia desestimaron la misma.

#### **XIV. CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR**

Una vez que la sentencia que declara fundada la demanda adquiera firmeza, la medida cautelar se extingue, pero para convertirse en medida ejecutiva, conforme al artículo 20 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

De este modo, la medida cautelar conserva sus efectos hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

## **XV. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR**

En cuanto a la ejecución de la medida cautelar, debe tenerse en cuenta que el artículo 638 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, establece que, por el mérito de la recepción de la medida cautelar, el funcionario o la autoridad policial quedan **obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional**.

De esta manera, el afectado con la medida debe cumplir lo dispuesto por el órgano jurisdiccional, aún cuando se oponga o impugne la decisión cautelar. En otras palabras, no existe forma de quede exento de cumplir lo ordenado en medida cautelar, quedando expuesto ante su resistencia a los apercibimientos de multa que dicte el órgano jurisdiccional o, incluso, a la investigación penal por delitos de resistencia a la autoridad y/u omisión de actos funcionales referidos en los artículos 368 y 377 del Código Penal, respectivamente.

## **XVI. IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR**

219

Al respecto, se deben tener en cuenta las siguientes particularidades:

- a. Por regla general, la resolución que concede la medida cautelar se concede sin efecto suspensivo, es decir, se ejecuta, aunque fuera impugnada, elevándose cuaderno de apelación al superior en grado. La excepción a esta regla se configura en los casos de medidas cautelares que disponen la inaplicación de normas legales autoaplicativas en el caso concreto, supuesto en el que la apelación se concede con efecto suspensivo; en otras palabras, la medida cautelar no se ejecuta sino hasta que el superior en grado se pronuncie confirmando la medida.
- b. El Nuevo Código Procesal Constitucional no ha establecido disposición sobre cuál es el efecto en que debe concederse la impugnación de medida cautelar desestimada (improcedente o infundada). Para efectos prácticos, como no existe nada que ejecutar, no existe impedimento para que el expediente cautelar se eleve al superior en grado, por lo que la apelación debiera concederse con efecto suspensivo, en aplicación supletoria del artículo 371 del Código Procesal Civil, en tanto que se trata de una resolución que da por concluido el proceso cautelar.

- c. No es procedente el recurso de agravio constitucional (RAC) en contra de resoluciones de segundo grado que desestiman medidas cautelares, teniendo en cuenta que el artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional precisa que este recurso es procedente contra resoluciones de segundo grado que desestiman la «demanda», mas no el auto de medida cautelar.

Al respecto, no pasa inadvertido que en el Tribunal Constitucional se pronunció por la procedencia del RAC (caso Empresa Centro Medic Ayacucho S.R.L., 2014) (caso Cooperativa de ahorro y crédito «Fianzas y Garantías» L.T.D.A., 2014); y, en periodos diferentes, por la improcedencia del mismo (caso Karin Dora Salomé Barzola, 2013), (caso Carlos Mario Rojas Arce, 2021).

Como vemos, el criterio más reciente está relacionado con la denegatoria del RAC en contra de resoluciones que desestiman medidas cautelares.

## **XVII. UN CASO ESPECIAL: LA EJECUCIÓN ANTICIPADA O ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA**

El artículo 26 del Nuevo Código Procesal Constitucional contempla lo siguiente:

220

La sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata si el juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado. Es independiente de la apelación que se interponga contra ella y se solicita ante el juez que emitió la resolución. La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso.

Se trata de proteger los derechos objeto de proceso antes que emita pronunciamiento final que tenga la calidad de cosa juzgada. Por tanto, podríamos decir que la actuación inmediata o ejecución anticipada tiene naturaleza cautelar, pero tiene características propias que permiten su análisis independiente.

Cabe reconocer que, respecto a este tema, se ha mejorado la redacción del derogado Código Procesal Constitucional, que en sus artículos 22 y 59 mostraba cierta contradicción que no permitía concluir si la sentencia de primera instancia debía actuarse de inmediato o si debía esperarse a que transcurran 2 días para que adquiriera firmeza. Fue el Tribunal Constitucional el que estableció los presu-

puestos y particularidades de la actuación inmediata de sentencia que aparecen ya positivizados en el citado artículo 26 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Así, el máximo intérprete de la Constitución señaló:

[...] la ejecución de una sentencia, aún provisional, aparece como una necesidad imperiosa de cara a la protección efectiva de los derechos involucrados en la litis. [...] [E]ste Tribunal no puede sino concluir que, **la actuación inmediata de la sentencia estimatoria constituye una institución procesal de suma importancia y utilidad para la efectiva concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como quiera que ella se dirige a conjurar daños irreparables, a evitar el abuso procesal de la institución de la apelación y a (re)asignar al juez de primera instancia un rol protagónico y estratégico en la cadena de protección de los derechos fundamentales.** (MONROY GÁLVEZ, Juan: «La actuación de la sentencia impugnada», en Revista Peruana de Derecho Procesal, tomo V, junio del 2002, p. 218) [...]» (Tribunal Constitucional, 2010).

Así, pues, tenemos ante nosotros una importante herramienta de protección de derechos fundamentales que debe hacerse efectiva a través de la debida motivación.

## XVIII. CONCLUSIONES

1. No es posible para el proceso constitucional aplicar de manera mecánica las normas del Código Procesal Civil. Es indispensable el análisis respecto a si las disposiciones creadas para procesos ordinarios favorecen al proceso en la protección de derechos constitucionales.
2. La importancia de las medidas cautelares radica en que, con ellas, la parte agraviada con la vulneración o amenaza de derechos constitucionales puede obtener protección rápida y efectiva que permita suspender el acto vulnerador o sus consecuencias, o evitar que este se consuma.
3. Los artículos referidos a medidas cautelares en el Nuevo Código Procesal Constitucional son, en su mayoría, una copia del texto de los artículos 16 a 18, 94 y 111 del antiguo Código Procesal Constitucional.
4. La medida cautelar en el proceso constitucional, igual que en el proceso civil, tiene como características que es provisoria, instrumental y variable.
5. Existen requisitos de forma y de fondo de la medida cautelar, así como reglas expresas de improcedencia, que son específicas para el proceso constitucional.

6. De manera expresa, el Nuevo Código Procesal Constitucional permite la procedencia de medidas cautelares en procesos de amparo, cumplimiento, hábeas data, acción popular y competencial. Sin embargo, no la consigna expresamente para el proceso de inconstitucionalidad, aunque tampoco la niega, por lo que será la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que determinará su procedencia.
7. Solo procede liquidación de costos y costas en proceso cautelar, cuando habiéndose concedido la medida cautelar se desestime la demanda del proceso principal. Además, puede promoverse declaración de responsabilidad, siendo que el Juez puede analizar la imposición de una multa no mayor de 10 URP.
8. La medida cautelar en el proceso constitucional tendrá vigencia hasta que se expida pronunciamiento firme con calidad de cosa juzgada, luego de lo cual se convertirá en medida ejecutiva. Asimismo, se debe ejecutar de forma inmediata, exacta e incondicional y es impugnable, por regla general, sin efecto suspensivo.
9. La ejecución anticipada o actuación inmediata de sentencia es una importante herramienta de protección de derechos fundamentales, que debe hacerse efectiva a través de la debida motivación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, S. (2009). La difícil trayectoria de la medida cautelar en el proceso de amparo peruano. Los cambios recientes. En E. Ferrer Mac-Gregor y L. de Zaldívar (Eds.), *Aspectos del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (pp. 93-112). Idemsa.
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *DOXA*, (24), 429-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Ariano Deho, E. (2013). Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad objetiva del juzgador: un tema para el debate. *Athina. Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, (10), 107-125. <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1155>
- Beaumont Callirgos, R. (2022). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Bidart Campos, G. (2018). *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*. Ediar.

- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Bibliográfica Argentina.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Ejea.
- Cipriani, F. (2005). El procedimiento cautelar entre Eficiencia y Garantías. *Derecho & Sociedad*, (25), 53-64.
- Espinoza-Saldaña Barrera, E. (2021, 1 de junio). Nuevo Código Procesal Constitucional? Balance y perspectivas sobre la justicia constitucional rumbo al bicentenario. En A. Crispín Sánchez (Entrevistador), *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (t. 163). Gaceta Jurídica.
- Figuroa Gutarra, E. (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional* N.º 18, 199-222.
- Expediente N.º 253-2020-70-0401-JR-DC-01. (2020, 28 de setiembre). Caso Edmundo David Monteverde Valverde. Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa.
- Ledesma Narváez, M. (2018). *La tutela cautelar y de ejecución - Medidas cautelares* (t. 1). Gaceta Jurídica.
- Mesía Ramírez, C. (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional* (Vol. 1). Gaceta Jurídica.
- Monroy Palacios, J. (2004). *La tutela procesal de los derechos*. Palestra.
- Ottolenghi, M. (1946). *Medidas precautorias*. Ediar.
- Rivas, A. (2000). *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Rhodas.
- Tribunal Constitucional. (2021). Expediente N.º 00051-2020-Q/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.º 00198-2012-Q/TC-Lima. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N.º 00074-2012-Q/TC-Ayacucho. Ayacucho, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N.º 00607-2009-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2013). Expediente N.º 00083-2012-Q/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). Expediente N.º 00001-2021-PCC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Expediente N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC y N.º 004-2002-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Expediente N.º 00023-2005-PI/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Expediente N.º 04404-2018-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno jurisdiccional.